

## Update Vergaberecht

### Nicht jedes Kalkulationsrisiko muss ausgeschlossen werden

#### OLG Celle, Beschluss vom 25.05.2023 – 13 Verg 2/23

Die Antragsgegnerin schrieb als Fortsetzung und Ausweitung eines „Pilotbetriebs“ einen On-Demand-Verkehr als integrierte Gesamtleistung, einschließlich Fahrbetrieb, Software und Callcenter, aus. Den Bietern wurde vorgegeben, wie viele Fahrzeuge sie insgesamt vorzuhalten hatten. Sie mussten aber selbst abschätzen, wie viele Fahrzeuge jeweils zu welcher Tageszeit einzusetzen waren, um die vorgegebenen Qualitätskriterien (insb. Bedienquote und maximale Wartezeiten) einzuhalten. Die Vergütung erfolgte über eine monatliche Pauschale pro Fahrzeug. Ein Bieter rügte, dass es ihm nicht möglich sei, vorab zu bestimmen, wie viele Fahrzeugeinsatzstunden er brauchen würde. Es seien weitere Angaben erforderlich, um eine verlässliche Kalkulation zu erstellen. Entweder hätte eine Spitzabrechnung der Fahrstunden vorgesehen oder ein verbindliches Mengengerüst vorgegeben werden müssen. Zudem läge ein Rahmenvertrag vor, weswegen eine Leistungsschätzung und -obergrenze anzugeben sei. Die vom Bieter angerufene Vergabekammer hielt die Vergütungsregelung für zulässig und sah lediglich eine Pflicht der Vergabestelle zur Bereitstellung von Daten des Pilotbetriebs. Hiergegen wandte sich der Bieter mit seiner sofortigen Beschwerde.

Ohne Erfolg! Zwar ist auch nach Ansicht des OLG Celle ein Auftraggeber verpflichtet, den Bietern die Daten eines Pilotbetriebs bekannt zu geben, über die er liquide verfügt oder die er sich mit adäquaten Mitteln zumutbar beschaffen kann. Das Gericht sah aber die pauschale Vergütungsregelung ebenfalls als eindeutig und erschöpfend an. Ein Rahmenvertrag liege hier nicht vor, sondern eine eindeutig beschriebene „Komplettvergabe“. Eine Prognose der zu erwartenden Nachfrage sei dem Bieter, der selbst mit der Erstellung standortindividueller Nachfrageprognosen wirbt, zumutbar. Etwaige Unsicherheiten, die sich im Zeitverlauf ergeben, könnten durch Risikoaufschläge ausgeglichen werden. Die Angebote seien auch vergleichbar, da sie alle in gleichem Maße die ausgeschriebene Gesamtleistung umfassen müssten.

#### Bedeutung für die Praxis

Das OLG gewährt den Auftraggebern bei der Gestaltung von Vergütungssystemen große Freiheiten und stellt heraus, dass das in § 121 GWB geregelte Gebot, den Auftragsgegenstand in der Leistungsbeschreibung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, nicht uneingeschränkt gilt, sondern sich nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bestimmt. Ein Auftraggeber hat hiernach zwar möglichst umfassend alle die Preisermittlung beeinflussenden Umstände offen zu legen. Indes muss er nur solche Informationen bekanntgeben, die von ihm in zumutbarer Weise beschafft werden können. Hierbei ist er regelmäßig nicht gehalten, zur Optimierung der Kalkulationsgrundlagen für die Bieter aufwendig neue Daten zu erheben. Die Beschaffung entsprechender Informationen darf insbesondere dann den Bietern überlassen werden, wenn diese sich die Informationen mit geringerem Aufwand selbst beschaffen können.